

POR DON LVIS FRANCISCO DE GVZMAN ORTIZ DE ZVÑIGA,

EN EL PLEYTO CON DON PEDRO MELGAREJO, Y GARCITELLO DE ESLAVA.

N. 1. PRESVPONESE LO PRIMERO, QVE D. PEDRO de Guzman, por el testamento, debaxo de cuya disposicion murio (no teniendo descendientes, ni ascendientes] hizo la institucion de herederos siguiente.

Item, por esta carta de mi testamento nombro, señalo, è instituyo por mi heredero a Don Francisco Melgarejo de Guzman mi primo, vezino de esta Ciudad de Sevilla, en la Collacion de San Iulian, para que aya todos mis bienes, derechos, y acciones; con tal cargo, y condicion, que aviendo cumplido este mi testamento, lo que quedare, y restare de todos mis bienes, lo aya por via, y titulo de Vinculo, y Mayorazgo, que yo hago, è instituyo de los dichos mis bienes, y goze de ellos el dicho Don Francisco, como vsufructuario, durante los dias de su vida, y despues de su vida, aya los dichos bienes por la dicha via, y titulo de Mayorazgo, su hijo mayor legitimo, è sus hijos, è nietos, è descendientes del dicho su hijo, varones, o hembras, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hembra para siempre jamas; y a falta del dicho hijo mayor, è sus descendientes, venga a otro qualquier hijo varon legitimo que tuviere el dicho Don Francisco, è a sus hijos, è descendientes varones, y hembras; y en defecto de hijos varones del dicho Don Francisco, y de sus descendientes de ellos, precediendo, como han de preceder los mayores a los menores, y los varones a las hembras en

todo

todo tiempo: y vengan los dichos bienes a la hija mayor del dicho Don Francisco, è a sus hijos, è hijas descendientes de la dicha hija mayor, varones, y hembras, discurra por todos los hijos, y hijas del dicho Don Francisco Melgarejo de Guzman, y por sus hijos, y nietos, y descendientes de ellos varones, y hembras, prefiriendo siempre el varon a la hembra, y el mayor al menor para siempre jamas: demanera que los dichos mis bienes siempre vengan en vna persona sola, y por via de titulo de Mayorazgo, con cargo de restitucion. E que el dicho Don Francisco, ni ninguno otro sucessor, ni posseedor puedan vender los dichos bienes, ni los enagenar, ni atributar, ni obligar, ni disponer de ellos en manera alguna, ni se puedan partir, ni dividir, porque mi voluntad es, que siempre estèn juntos. E mas es mi voluntad, que de los dichos mis bienes se haga inventario, y los bienes muebles se vendan, è se compren bienes rayzes para este dicho Vinculo, y Mayorazgo, y se hagan titulos, y escripturas de todos los bienes pertenecientes a este dicho Mayorazgo, para que cada vno de los posseedores sepa que bienes son los del dicho Mayorazgo.

2 Lo segundo se presupone, que el dicho Don Francisco Melgarejo de Guzman tuvo vn hijo, y dos hijas, y de la vna solo huvo sucessión, y fue su hija Doña Francisca de Cespedes, primero Marquesa de Cardeñoso, y despues de Valencina, y por no aver mas descendientes del dicho Don Francisco Melgarejo, dispuso de los bienes de dicha herencia, y fundo Mayorazgo, a que llamò a el dicho Don Luis Francisco de Guzman que litiga.

3 Lo tercero, que se han opuesto a la institucion de Mayorazgo, hecha por la dicha Doña Francisca de Cespedes, vltima posseedora (pretendiendo suceder en virtud de la disposicion del dicho Don Pedro de Guzman] el dicho D. Pedro Melgarejo, por dezir es hijo de primo de el dicho Don Francisco Melgarejo de Guzman, primero instituido. El dicho Garcitello de Eslava pretendiendo, por tercer nieto de hermana del dicho Don Pedro de Guzman; y Don Iuan de Guzman por nieto de Don Iuan de Ribera, que alega fue primo hermano del dicho Don Pedro de Guzman: y omitiendo, si han probado, o no el dicho Deudo, solo en este papel se tratarà de fundar, q̃ en caso que sea cierto el parentesco que han deducido, no tienen derecho a dichos bienes, y que fue legitima la disposicion de dicha Marquesa de Cardeñoso, y Valencina.

4 Lo quarto se presupone por constante, que en el vltimo de los llamados a el Mayorazgo quedan los bienes de èl libres a su disposicion, y que puede fundar de ellos nuevo Mayorazgo, con los llamamientos que le pareciere. Peralt. *in l. 3. §. Qui fideicommis. num. 55. y 56. ff. de hæred. instit.* Mier. *de Maiorat. 4. p. q. 29. num. 15.* Flores de Men. *in addit. ad decis. 139.* Gamm. *p. 2.* D. Castill. *lib. 2. controv. cap. 22. num. 45.* Pacian. *cons. 49. à num. 99.* Desuerte, que siendo la vltima successora, y llamada la dicha Marquesa, pudo fundar Mayorazgo de dichos bienes a favor del dicho Don Luis Francisco de Guzman.

5 La duda consiste, si para el dicho efecto se llama vltimo el que lo es de los llamados [como la dicha Marquesa) o el de la familia? Y por

Don

Don Pedro Melgarejo se pretende, que sin embargo de aver sido limitados los llamamientos para Don Francisco Melgarejo de Guzman, y sus hijos varones, y hembras, y descendientes, y ser la vltima de ellas la dicha Marquesa, no lo es para el efecto de la sucession, porque a ella estàn llamados todos los de la familia del dicho D. Francisco de Guzman, primero llamado, y de D. Pedro de Guzman fundador; y que esto obra la palabra Mayorazgo repetida seis vezes en la Clausula prohibicion de enagenacion, y division, y llamamientos regulares de mayor en mayor perpetuamente. D. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 4. à n. 31. & 37.* & ibi Addentes latissimè D. Castill. *lib. 2. controv. cap. 22. à num. 46. & 57. & lib. 5. tom. 6. cap. 143. §. 1. à nu. 1.* & alios refert Nog. *alleg. 9. num. 14. & 15.* 11

6 Y que procede no solo para que sucedan los transversales descendientes del fundador [quando los tuuo] o de los llamados, sino en los transversales de ellos. D. Cast. *dict. lib. 2. cap. 22. n. 39. & lib. 5. cap. 166. à num. 26.* y la razon que dan es, porque la expecificacion de las personas solo causa precedencia, mas no exclusion de los demas de la familia. Lo mismo probaron Fus. *de subst. q. 359. à num. 1. Addét.* ad D. Molin. *dict. lib. 1. cap. 4. num. 38.*

7 Y amplían lo referido [de suerte que se entiendan los llamados todos los de la familia] aunque el Mayorazgo se funde en transversal, o en estraño del Fundador. D. Molin. *dict. lib. 1. cap. 4. num. 42.* & ibi Addent. vbi plures referũt, & vltra eos D. Castill. *lib. 5. cap. 39. §. 16. num. 27.* D. Ioseph Vela *tom. 2. discept. 49. num. 41.* donde nota, que por causa de afeccion se suele fundar Mayorazgo en estraños, y pone exemplo, y que asi no puede perjudicar el primero llamado, no fuesse descendente del Fundador, sino primo. 12

8 No obstante lo referido en el caso presente, la dicha Marquesa se ha de entender la vltima de los llamados a la sucession, en quien quedaron los bienes libres, lo qual en otros se prueba por los medios siguientes. 13

9 El primero, porque en los terminos que los Doctores citados *n. 5.* (en fuerza de la palabra Mayorazgo) tuvieron, q̃ despues del vltimo de los expressamente llamados, han de suceder los de la familia, se prueba lo contrario; y que el gravamen de Mayorazgo, prohibiciõ de enagenacion, y los demas, aunque suenen perpetuos, cessa en el vltimo de los llamados, *ex l. cum pater. l. libertis. l. qui solidum. 78. §. Prædium. ff. de legat. 2.*

10 Y en terminos de disposicion con la palabra *Vinculo, y Mayorazgo.* D. Greg. *in l. 2. tit. 15. part. 2. verb. El mas propinquo pariente, & in ipsa Gloss. vers. Si quis,* ibi: *Si quis faceret maioriam in filium maiorem, & in ipsius defectũ in alium filium, & sic in alijs filijs, & eorũ descendẽtes, si contingat quod omnes moriantur, expirat maioria. Idem in l. 3. tit. 13. part. 6. verb. Mugeres. col. 1. vers. Quid autem si conditor maioriæ, & in l. 10. tit. 26. Gloss. magn. part. 4.* Palac. Rub. *in repetit. Cap. per vestras, cap. 26. n. 20.* Peralt. *in l. 3. §. Qui fideicommiss. à num. 55. annot. ff. de hæred. inst.* Suarez *in l. quoniam in priorib. in declarat. leg. Reg. limit. 2. num. 18. in fin.* & ibi Baldus Gamm. *decis. 206. num. 19.* Salaç. *de vsu, & consuet. cap. 12. num. 22.*

&

& magis in specie Angul. *de meliorat. in l.* 11. *Gloss.* 11. *à num.* 5. *&* 13. donde responde a la *l. cum ita.* § *In fideicom. ff. de legat.* 2. Burg. de Paz *consf.* 34. *num.* 12. *&* 35. Mier. *de Maior. vidend.* 4. *p. q.* 29. *per totam. præcipue à num.* 27. latissime D. Geron. de Leon. *decis.* 60. *per totam videnda à num.* 36. Menoch. *consf.* 233. *vol.* 3. Surd. *consf.* 281. Ciriac. *controv.* 281. *à num.* 62.

11 El segundo medio resulta de la acomodacion, y fundamentos principales de dichas contrarias opiniones al caso deste pleyto: para lo qual se supone, que los Doctores no dudan que fundandose Mayorazgo de algunos bienes, sin hazer llamamientos particulares, o con ellos, ha de suceder el hijo mayor, y los demas, por las reglas de los Mayorazgos de España, y a falta de descendientes los demas de la familia: y tacitamente fue visto prohibir la enagenacion. D. Molin. *de primogen. lib.* 1. *cap.* 1. *& cap.* 4. *à num.* 13. *& ibi Addent. num.* 17. *& cap.* 11. *num* 9. Mier. *de Maiorat.* 1. *part. cap.* 48. *num.* 20. *&* 24. D. Castill. *lib.* 2. *controv. cap.* 22. *à n.* 3. *& lib.* 5. *cap.* 65. *à num.* 27. *& cap.* 93. §. 6. *num* 10. *& cap.* 160. *à num.* 1. Molin. *de rit. nupti. lib.* 3. *q.* 23. *à num.* 14. Paz *de tenut. cap.* 34. *à nu.* 155. Nogue. *alleg.* 9. *nu.* 35 *&* 43 *&* Hermosill. *in Gloss.* 5. *l.* 44. *tit.* 5. *part.* 5. *num.* 15.

12 Y los de la vna opinion tienen, que aviendo procedido el Fundador a hazer llamamiento en hijos, o en transversales, o estraños, y todos sus descendientes, limito dellos el gravamen de Mayorazgo, y en el vltimo quedaron los bienes libres, sin que passe a otros de la familia. Y que esta convenga a la disposicion del dicho Don Pedro de Guzman, no ay duda, pues solo llamò a Don Francisco Melgarejo de Guzman su primo, y a sus hijos, y hijas, y descendientes de ellos.

13 La otra opinion se funda, en que la palabra *Mayorazgo*, que por su naturaleza comprehende a los descendientes, y todos los de la familia, no fue visto limitarla el testador por hazer llamamientos limitados. Y esto no se puede aplicar a este caso, porque los Doctores presuponen fundacion de Mayorazgo, y no la ay; pues la clausula dispositiva fue la institucion de herencia en favor de el dicho D. Francisco, con condicion que aya los bienes *por via, y titulo de Mayorazgo*, y despues su hijo mayor, y demas descendientes: y no es lo mismo, porque Mayorazgo supone las reglas generales, y regulares del [que comprehenden a todos los de la familia] Y el dezir, *sucedan par via de Mayorazgo*, es dar similitud para la sucession entre los nombrados, y llamados; mas no estender la voluntad a los demas de la familia, como en los que propriamente son Mayorazgos. Esto se manifiesta con el comun modo de entender, pues en muchos Patronatos, y Capellanias disponen los Fundadores, que los llamados sucedan de mayor en mayor, como en los Mayorazgos; y aunque tendran la similitud en la forma de suceder [D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 19. *n.* 276. Addent. ad D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 29.] no en lo demas, ni se dirà que lo quisieron fundar, ni confundir la fundacion de Patronato con el nombre de Mayorazgo; y de la misma suerte el dicho Don Pedro de Guzman dexò por sus herederos a Don Francisco Melgarejo, y sus descendientes, q̃ es la principal disposicion, y para que todos

dos gozassen, sucediessen por via de Mayorazgo, como sucede en los contratos, en los quales aunque propriamente no se dà substitucion fideicommissaria, a su semejança se puede disponer, y dispone la sucession; latè Fontanel. *de pact. claus. 4. Gloss. 9. part. 3. num. 34. & Gloss. 25. num. 8.*

14 Y assi las palabras, *Lo aya por via, y titulo de Mayorazgo, que yo hago, è instituyo*, se conoce ser de exuberante voluntad para conseguir el efecto, de que Don Francisco no pudiesse disponer de dichos bienes y q̃ sucediessen todos sus descendientes. *Argum. l. ex ea scriptura. 29. §. 1. ff. qui testam. fac. possunt*, ibi: *Hoc testamentum volo esse ratum, quacumque ratione poterit videri eum voluisse omnimodo valere ea, quæ reliquit*. Y solo comprehende aquellos modos por donde la disposicion resultaria mas llena, y fuerte. Honded. *cons. 44. num. 46. tom. 2.* Ricc. *collect. 879. num. 15.*

15 Y segun este modo de dezir, y entender [a que en todas las disposiciones se deve estar. Fontanel. *vbi proximè Gloss. 9. part. 3. à num. 4.*] està recebida la opinion D. Molin. y los demas, como lo notan los Adicionadores *in dict. lib. 1. cap. 4. num. 13. ad 17. vers. Et quid quid in contrarium teneat.* Mier. *de Maiorat. 4. part. quæst. 29. Auctoris sentent. receptior est, eamque in hac amplissima curia, cum moderamine, & vera hac distinctione vidimus practicari, scilicèt, aut verbum Maioratus in initio dispositionis profertur, posteaque vel plures, vel aliquæ particulares substitutiones subsequuntur, quo casu militat auctoris ratio, & praxis incõcussa viget; aut institutor incipit faciẽdo aliquas substitutorũ vocationes, vel refert dispositionẽ ad aliquã certã, vel determinatã lineã, vel lineas posteaq; adijciat in earũ calce, hago Mayorazgo. Tũc vltra gradus præscriptos substitutio protrahi non debet.* Alexand. Raud. *var. cap. 43. n. 12.* Menoch. *cons. 803. num. 36. lib. 9.* Mier. *1. part. quæst. 48. num. 8.* Y a este caso no ay duda conviene la segunda parte de la distincion, pues el testador no puso la palabra *Mayorazgo* en la prefacion, ni antes de comẽçar los llamamientos, pues precedio el de Don Francisco Melgarejo, y en este, y en el de sus descendientes no puso dispositivamente las palabras *Vinculo, y Mayorazgo*, sino *por via de Mayorazgo*, en que ay la diferencia que queda notada.

16 Y no obran lo contrario las palabras, *lo aya por via, y titulo de vinculo, y Mayorazgo que yo hago, è instituyo de los dichos mis bienes.* Porque no son dispositivas de Mayorazgo, sino para qualificar las precedentes scilicèt, *Que lo aya por via, y titulo de Mayorazgo, q̃ yo lo hago.* Y para inducir otro sentido, era necessario dixera, hago Mayorazgo, y suceda por via, y titulo del: y assi lo reconocieron los Adicionadores, ibi: *Posteaque adijtiat in earum calce hoc verbum, hago Mayorazgo*, que es caso mas fuerte, pues se ponen dichas palabras dispositivamente, y concluyen, q̃ solo cõprehenden las disposiciones señaladas.

17 Y confirma la dicha inteligencia, que las dichas palabras, *por via, y titulo de Mayorazgo que yo hago*, no estàn por si en clausula, sino dependientes de la disposicion precedente de institucion de heredero, hecha en Don Francisco Melgarejo; y assi no la altèra, ni estiẽ-

den, antes se visten de las qualidades, y demonstracion de la disposicion precedente, y principal, que solo mira a el dicho Don Francisco, y sus descendientes, como en caso semejante latamente lo comprueba Sesse *decis.* 410 *à num.* 63. D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 143. *num.* 41. *prope finem*, que explica todo lo que resolviò *lib.* 2. *cap.* 22. y en los lugares citados por la contraria opinion la modificò ibi: *Verba quæ per se non stant, sed à præcedente dispositione dependent, dispositionē ipsam non alterant, neque extendunt, sed illius qualitates, & determinationes accipiunt.* *Addent.* ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 39.

18 Desuerte, que la repeticion de la voz, *Mayorazgo*, por si sola no obra los efectos que se notaron num. 5. scilicèt, que despues de los llamados sucedan todos los de la familia, que se ha de entender quādo se vsò de ella dispositivamente. Secus quando depende de la disposicion principal, como se ha dicho; y lo reconociò D. Castill. *dict. cap.* 143. *num.* 27. *in fin.* *Quamvis durum videri possit ex solo eo verbo Maioratus perpetui institutionem introducere, nisi simul alia intervenirent, vt dixi, quæ id suaderent.* Y en el mismo numero auia distinguido los llamamientos particulares que exemplificò los semejantes a los de esta disposicion, y reconocido no inducen perpetuo Mayorazgo, y solo puso la question quando son colectivos, *scilicèt, herederos, sucessores, familia, &c.* que faltan en este caso. Azeved. *cons.* 18. *à num.* 1. Addent. ad D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 30. & *cap.* 5. *num.* 22.

19 Y de la dicha distincion puesta num. 15. se valiò D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 19 ibi: *Primus quod Maioratus institutor simpliciter, & absolutè Maioratum causa conseruandæ agnationis instituit, in quo casu dicendum erit ex identitate rationis dispositionem de casu ad casum trahendam esse. Secundus casus est, quando hanc rationem conservandæ agnationis Maioratus institutor certis personis, seu gradibus adiecit, veluti quando dixit volens agnationem in personam Titij, & descendentium suorum conservare, vel simile: in quo casu dicendum erit conservationem agnationis ad personas nominatas restringendam esse.* Y lo mismo avia probado *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 37. y 38 donde lo amplia, no solo quando llamò el Fundador su hijo, y descendientes, sino otros colaterales varones. Y lo comprueban los Adicionadores *in dict. num.* 37. *Quando institutor primogenij ad certas personas, seu gradus se retulit, eius dispositio vltra non progreditur, neque eam extendit agnationis ratio.* Y no obra razon de diferēcia el ser estas doctrinas en caso de agnacion, pues a el Mayorazgo de agnacion absoluto son llamados todos los agnatos de la familia; mas quando el Fundador hizo llamamientos particulares, y los descendientes varones de ellos, a estos limitan la sucession, y no passa a los demas varones de la familia, que es lo mismo que dezimos en el caso presente, cō distincion, que el ser llamados todos los de la familia del fundador, procediera si fundàra Mayorazgo regular, y absoluto: secus aviendo començado por los llamamientos, y dispuesto se sucediesse por via, y titulo de Mayorazgo, que no se extiende a mas que los nombrados. Y la razon que se da en el caso de agnacion, refiere Mantic. *de coniect. lib.* 6. *tit.* 13. *num.* 6 *fol.* 250. *Vndè per rationem*

con-

conservandæ agnationis non debet extendi fideicommissum vltra terminos præscriptos à testatore, ex §. Nos igitur, in Auth. de restit. fideicom. Y esta misma razon milita en el caso de que se trata.

20 El tercero medio es, que el dicho Don Pedro de Guzman no dexò por heredero Mayorazgo que se hiziesse de sus bienes, y que sucediesse Don Francisco Melgarejo, y sus descendientes: que en este caso fueran palabras dispositivas, y estuviera principalmente la institucion de Mayorazgo: antes al contrario, ibi: *Nombro, instituyo, y señalo por mi heredero a Don Francisco Melgarejo de Guzman mi primo, con tal cargo, y condicion, que aviendo cumplido este mi testamento, lo que quedàre, y restàre de los dichos mis bienes, lo aya por via, y titulo de vinculo, y Mayorazgo, que yo hago, y instituyo de los dichos mis bienes, y goze de ellos como vsufructuario el dicho Don Francisco por los dias de su vida, y despues de su vida aya los dichos bienes por la dicha via, y titulo de Mayorazgo, su hijo mayor.* Y asi no se ha de presumir, q̃ lo q̃ dio el testador a sus hijos, y descendiẽtes de ellos, quiso passasse a otros *l. cum pater. §. Donationis. ff. de legat. 2. l. pater filiæ. ff. de serv. legat.* ibi: *Nec quod affectu filiæ datum est, hoc ad exteros eius hæredes transire videatur, quia non refert cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur.* Y que el caso de fideicómisso impuesto a ciertas personas, no se estienda a otras; y esto reconocen por cierto D. Molin. en el *lib. 1. cap. 4. num. 13. & seqq. & Addent. num.* 30. D. Castill. *lib. 2. cap. 22. à num.* 83. & 84. Y solo tuvieron lo contrario, quando el Fundador quiso hazer Mayorazgo, que se entiende (como se ha probado) dispositivamente antes de los llamamientos: y en este sentido defiendẽ su opinion, y de la institucion precedente de Mayorazgo inducen la voluntad de que sucediessen despues de los expressamente llamados los de la familia. D. Castill. *lib. 2. cap. 22. num.* 68. ibi: *Qui quamvis descendentes ad successionem vocaverit, præsumitur etiam quod & collaterales vocaret, si cogitaret descendentium lineam extinguendam esse, idque vt perpetui Maioratus consuleret, quasi antecedens necessarium iuxta naturam Maioratus antea instituti.* Y en el mismo presupuesto los demas Doctores que siguen su opinion. Y en este caso no hizo antes institucion de Mayorazgo el testador, sino que le puso por gravamen al heredero; y asi no passò el fideicommisso de los expressamente llamados, y inciden en la distincion de los Adicionadores, puesta *num. 15.*

21 Y no es ageno de la misma Clausula, el llamar fideicommisso a el dicho gravamen, pues se halla expresso en el resumen, y forma, ibi: *De manera que los dichos mis bienes siempre vengan en vna persona sola por via, y titulo de Mayorazgo, con cargo de restitucion.* Y es proprio, y de la substancia del fideicommisso la restitucion; y el fideicommissario no puede aprehenderlo, si no es de mano del heredero. *l. eam quam. C. de fid. com. l. 1. & ibi DD. C. quorum legat.* Y si el testador quisiera fundar Mayorazgo, no pusiera dicha qualidad; pues el sucessor de èl adquiere la possession sin restitucion alguna del possedor. *l. 45. Taur.* P. Molin. *de iust. & iur. tom. 3. disp. 577. num. 6.* Parlad. *diff. 18. nu. 4.* Mol. *de ritu nupt. lib. 3. q. 22. à n. 21.* D. Castill *lib. 5. cap. 144. à num. 10.*

E

22 El quarto medio se halla expresso en la Clausula donde el testador declarò el fin por què puso las palabras, ibi: *Lo aya por via, y titulo de vinculo, y Mayorazgo, que yo hago, è instituyo de los dichos mis bienes* [y prosigue inmediatamente declarando el efecto por palabras dispositivas] *y goze de ellos el dicho Don Francisco, como vsufructuario, durante los dias de su vida.* Y si quisiera fundar Mayorazgo, se ajustàra a su naturaleza, en el qual el primero, y los demas sucessores no son vsufructuarios, sino verdaderamente señores. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 19. *à num.* 1. & ibi Addent. Giurb. *decis.* 69. *à num.* 37. Gutierr. *lib.* 2. *pract. q.* 17. *num.* 2. *& lib.* 3. *q.* 89. *num.* 7. Y assi de todo el contexto de la clausula se reconoce, que el testador quiso que de su herencia gozasse por sus dias el dicho Don Francisco, y despues sus descendientes sucessivamente, como los llamò. Y para que no dispusiesse de ella, vsó por via de Mayorazgo, y que fuesse vsufructuario; y lo repitio en el segundo nombrado, *Aya los dichos bienes por la dicha via, y titulo de Mayorazgo su hijo mayor.* Donde se ha de notar el relativo, *dicha*, que es repetitivo de lo precedente, *y despues de todos los llamamiẽtos, demanera q̃ los dichos mis bienes siẽpre vengã en vna persona sola, y por via de titulo de vinculo, y Mayorazgo, con cargo de restitucion.* Y en este sentido se entendio otra disposicion semejante en la decision de Don Geronimo de Leon 60. *num.* 38. ibi; *Secundò non negamus testatricem velle bona sua subijcere fideicommisso in favorem filiorum primi gradus Roderici. Affirmamus tamen non fuisse institutum in favorem omnium descendentiũ masculorum à dicto Roderico.* Donde se notan otras decisiones en casos mas apretados que el de este pleyto.

23 El quinto medio es, no poderse negar, que la principal disposiciõ de dicha clausula, es la institucion de heredero en D. Francisco Melgarejo; y si se reconoce que las demas no son dispositivas (como no lo son) no obran sucession para todos los de la familia; mas quando se entiendan, qual se pretende de contrario, que el dezir: *Lo aya por via, e titulo de vinculo, è Mayorazgo, que yo hago, è instituyo,* son palabras dispositivas en este presupuesto, es consiguiente lo sean tambien: *Y goze de ellos el dicho Don Francisco, como vsufructuario, durante los dias de su vida;* y solo valiera la primera institucion de heredero, y no se devia atender a las demas, *ex l. si te solùm, de hæred. instit.* ibi: *Sed si te hæredẽ instituerim* [que es la primera institucion] *& deinde sub conditione te eundem instituam*, que se verificarà en las palabras, *Con tal cargo, y condicion, que lo aya por via, e titulo de Mayorazgo, que yo hago*: *nihil valere sequentem institutionem, quia satis plena prior fuisset: sed si plures institutiones ex eadem parte,* [que se puede aplicar a lo tercero, goze como vsufructuario] *sub diversis conditionibus fuerint factæ, vtraque prior conditio steterit, id faciet quod suprà diximus, si purè sub conditione idem instituatur.* Et ibi Bart. *in summario.* Y la razon es, porque la mas favorable, *ha instituido, plenior voluntas dicitur, & est observanda, licèt autem fuisset sub conditione institutus. l. si ita scriptum, & ibi Gloss. verbo. Potior. ff. de hæred. instit.*

24 Y aunque se considere el dicho Don Francisco Melgarejo instituido

tuido, no solo por derecho en la primera parte de la clausula, sino tãbien en la segunda con el llamamiento *por titulo de Mayorazgo, que yo hago, e instituyo*, que es el caso de la dicha ley *si te solùm*, sino que se suponga substituido con el llamamiento a los bienes, y por qualidad el que sea vsufructuario, procederà lo mismo, y averse de observar la mas favorable, y plena voluntad *l. servo legato §. 1 ff. de de legat. 1. l. 1. §. Si proponatur ff. si quis omnis caus. test.* ibi: *Si proponatur idem institutus, & substitutus, & prætermiserit institutionem an incidat in ædictum quæritur, & non puto incidere; quasi testator hanc ei dederit facultatem, qui eum substituit.* Y el que tiene muchas substituciones, puede suceder por qualquiera de ellas. *l. si quis servo ff. de manum. testam.*

25 El sexto medio (digno de reparo) procede de convenir la disposicion de la dicha clausula en las tres partes q̃ se han notado en el medio precedente, aplicando la primera de institucion de heredero, hasta aver cumplido el testamento, ibi: *Con tal cargo, y condicion, que aviendo cumplido este mi testamento, lo que quedare, y restare de dichos mis bienes, los aya por via, è titulo de vinculo, è Mayorazgo, que yo hago, è instituyo, y goze de ellos el dicho Don Francisco, como vsufructuario, durante los dias de su vida.* Y en este caso ya quedò el fideicommisso especial, y no vniversal. *l. cogi in princ. vers. Et generaliter.* & ibi Bart. *num. 5 ff. ad Trebell.* Mantic. *de coniect. lib. 7. tit. 2. num. 10.* Y llegado el tiempo de la institucion de heredero, quedò solo con el vsufructo de los bienes que restaron de la herencia, cumpliendo el testamento, que fue la condicion que se puso; y no obstante que regularmente hablando no vale la institucion de heredero hasta dia cierto, o incierto. *l. ei qui solvend. ff. de hæred. instit. cũ concordant.* Es licito *per fideicommissum. l. ex facto ad Trebell. l. 15. tit. 3. part. 6. & ibi Gloss. 1.* Y passa la herencia al substituto, que fue el hijo mayor del dicho Don Francisco Melgarejo, el qual aunque fue llamado despues de los dias de su padre, desde el de la condicion quedò heredero, y pudo transmitir a los suyos, como latamente lo discurriò D. Castill. *de vsufruct. lib. 1. cap. 8. num. 44.* Y no aviendo de estar junto la herencia con el vsufructo, quando sucedió en èl el substituido, passò la herencia a el subsequente, y dominio de los bienes de ella, que no avia de estar in pendenti.

26 Y esto se ajusta al contexto, y palabras de la clausula, y mente de el testador, y naturaleza del acto de forma de suceder por via de vinculo, y Mayorazgo, que en aquellos tiempos fue muy ordinario, y las mas vezes el prevenir, que se gozasse como vsufructuario, y que estuviesse el dominio en el inmediato sucessor. D. Molin. *de primog. cap. 19. num. 35.* ibi: *In hac re sciendum est, Maioratuum institutores plures expressè solitos esse disponere se velle eiusdem Maioratus successores solùm vsufructuarios esse, non veros Dominos, dominiumq; rerum Maioratus semper in persona sequentis successoris existere debere, cuius generis quamplures Maioratus vidimus, qua expressa institutorum dispositione stante, Maioratus possessor non tanquam Dominus, sed tanquam vsusfructuarius iudicandus erit, cum per provisionem hominis à provisione legis recedatur.* Y aunque discur-

re, si es conveniente poner esta clausula absolutamente, o con otros aditamentos, no dudó, ni se puede dudar en la potestad; argum. *l. si alij ff. de vsufruct. legat.* Ni dize voluntad, pues se halla expressa: y ni se ha de atribuir a error, quando el mismo en el lugar citado, dize, se hazia las mas vezes. Y en el *num. 55.* ibi: *Virijs gravissimis in Maioratibus apponi solita sit.* Antes que se quiso conformar con el comun modo de disponer.

27 Y no repugna, que despues la clausula de prohibicion de enagenacion, comprehenda a el dicho Don Francisco: porque no es nuevo, que a la prohibicion de derecho (que tiene el vsufructuario) se llegue la del Fundador. Argum. text *in §. Sanctissimas, in Auth. de alienat. & emphyte.* y que antes se ha de reputar por superflua dicha prohibicion, que obrar impropriedad; como lo vno, y otro probò D. Castill. *lib. 1. de vsufruct. cap. 30. à num. 34.*

28 Conforme a lo qual, no aviendo hecho el testador mas substituciones, que en los hijos, y descendientes del dicho Don Francisco Melgarejo, siendo el vltimo la dicha Marquesa, en quien estava el dominio quando gozava el vsufructo el inmediato antecessor; por muerte de este se consolidò el vsufructo con la propriedad, y cessò el gravamen. Y que esto correspondiesse a la voluntad del testador, se descubre, de aver prevenido el caso, y no hecho substitucion a falta de descendientes del dicho Don Francisco Melgarejo.

29 Y passando a las Reglas de Derecho, aviendo sido heredero el dicho Don Francisco Melgarejo, hasta que cumplio el testamento, y llegò la condicion de posseer los bienes por via de Mayorazgo, como vsufructuario, y passò la herencia a su hijo mayor, que fue el substituto, como se dixo num. 25. y corriendo desta suerte entre los demas, sea por el comun modo de disponer de aquel tiempo, o por especial llamamiento, ibi: *Aya los dichos bienes por la dicha via, y titulo de Mayorazgo, su hijo mayor legitimo, y sus hijos, y descendientes.* Que no solo por el relativo *dicho*, son repetitivas de la misma qualidad, sino por ser las mismas palabras de que vsò el testador con el dicho Don Francisco Melgarejo, ibi: *Lo aya por via, y titulo de vinculo, y Mayorazgo, que yo hago, è instituyo de los dichos mis bienes, y goze de ellos el dicho Don Francisco, como vsufructuario, durante los dias de su vida.* Y subsistiò dicha disposicion de institucion à dia cierto, o incierto por el fideicommisso, como se dixo num. 25. que expresssò el testador, ibi: *Con cargo de restitucion.* Y el auer querido conservar sus bienes, y herencia en Don Francisco Melgarejo, y sus hijos, y descendientes de ellos, no ha de passar a otros. Honded. *cons. 78. num. 34. vol. 1.* ibi: *Si testator dicat, velle bona conservari penes hæredes, ac descendentes, in infinitum intelligitur, quantum præcedentes substitutiones patiuntur, & non aliter.* Y convienen as Reglas comunes que notan los Doctores citados por los Adicionadores ad D. Molin. *lib. 1. cap. 5. num. 33. 37. & 38.*

30 Y no es necessario, que el testador expressasse, que la herencia passasse a el hijo mayor de Don Francisco Melgarejo, pues es efecto de Derecho, de aver llegado el caso de la restitucion, y quedar vsufructuario: y assi necessariamente passò la herencia a el substituto, y lo

mismo

mismo en los demas descendientes, por concurrir la misma razon, para la extension, y colegirse de las palabras expressas, que basta para inducir institucion de heredero, y que esta se estienda *de casu ad casum, & de persona ad personam*. Menoch. *lib. 4. præsump. 19. à nu. 1. & præsumpt. 26. à num. 2. & 18.* latè D. Castill. *lib. 4. cap. 15. à num. 63. vsque ad fin.*

31 Y se comprueba, con que el llamamiento hecho a Don Francisco Melgarejo, instituyendolo por heredero, quando no huviera expressado que sucediessen sus hijos, y descendientes, sino solo vsado de la palabra *heredero*, se avia de entender de los proprios herederos, que son los descendientes. Fussar. *de subst. quæst. 353 num. 2.* y refieren muchos los Adicionadores ad D. Mol. *lib. 1. cap. 5 num. 40.* Conque no puedē tener entrada los que no descienden del dicho Don Francisco Melgarejo, aunque fuessen de la familia del fundador: porque la palabra *heredero*, no se verifica en la persona del testador, sino en la del heredero del heredero, como en llamamiento a Mayorazgo lo provò D. Castill. *lib. 5. cap. 93. §. 13. num. 9. vers. Et quamvis.*

32 A lo que se ha discurrido, no repugna que el llamamiento que tuvo el hijo mayor, fue para despues de los dias de Don Francisco Melgarejo, ibi: *Y despues de su vida aya los dichos bienes*. Porque esto miro a el gozar el vsufructo, mas no suspendio la substitucion, y institucion, como latamente lo fundò D. Casti. *de vsufruct. cap. 8. num. 44.* ibi: *Quoniam tempus institutioni hæredis vniuersalis adiectum non suspendit institutionem, sed tantùm removet hæredem à perceptione, & commodo vsusfructus*. Y en el nu. 45 consecutivo a lo dicho, ibi: *Quæ adhuc dicta sunt procedere cùm extraneus post mortem vxoris hæres instituatur*. Deforma, que de la vna, y otra suerte passó la herencia de vno en otro de los substitutos, y para el efecto no obra diferencia, que el dicho Don Francisco Melgarejo fuesse instituido en el vsufructo, o solo legatario, como disputando la question lo resolviò D. Casti. *vbi proximè à nu. 37. vsque ad 44.*

33 En el septimo medio convienen los Doctores de las dos opiniones que se refieren en el num. 5. para que tenga primero lugar la voluntad del fundador. D. Casti. *lib. 2. cap. 22. & lib. 5 cap. 143 §. Vnico, num. 1.* ibi: *Ex voluntate, itaq; primo loco res hæc mentienda, atq; diffinienda omnino erit, vt eatenus duret Maioratus, sive tunc finiatur, & bona ipsius libera remaneant, aut etiam vinculata, quatenus disponentis ipsius voluntas suadeat, quæ ex verbis etiam secundùm impropriam significationē deducatur, aut ex natura actus, qui geritur, sivè alijs legitimis coniecturis*. Y por lo que se ha ponderado se descubre, que el Fundador solo quiso sucediessen por via, y titulo de Mayorazgos, Don Francisco Melgarejo, y sus descendientes, y se manifiesta.

34 Tum, porque no se puede dezir, caso no sucedido, sino preciso, que ocurriesse al testador el poder faltar la sucesion de Don Francisco Melgarejo; y asi se ha de entender, que el no hazer otras substituciones, fue de proposito, ni se pueden presumir. Petrus *lib. 3. solut. 1. à num. 85 fol. 212.* Mantic. *de coniect. lib. 3. tit. 19. à num. 14.*

Tum

35 Tum [porque con el presupuesto del deudo que alegan los contrarios) no aviendo hecho mencion el testador de sus abuelos en el testamento (quando dize vno descender de su hermana, y otros de primos hermanos) a quien se presume mas afeccion, mayor razon ay para que se entienda excluir los mas remotos.

36 Tum, porque siendo el testador de la ilustre calidad, que es notorio; no puso gravamen de apellido, y armas, que es lo que mira á la conservacion de la familia, y de su memoria. Tiraque. *de nobilit. cap.6.num.17.* D. Molin. *lib.1.cap.5.num.34. vbi Addent. quam plurimos referunt.* Y antes el Fundador nombrò a Don Francisco con el primero apellido de Melgarejo: y assi no se puede dezir, tratò de la conservacion de la familia.

37 Tum, por ser tan comun en todas las fundaciones de Mayorazgos, el declarar en el proemio la voluntad, y causa final por donde se interpretan las dudas de la disposicion, ex latè congestis á Castill. *lib.4. cap.47. per totum.* Nada de esto se halla en la referida, ni algunas de las muchas clausulas que contienen los formularios, sino sola la institucion de heredero con las substituciones de los descendientes.

38 Tum, porque el fideicómisso se ha de interpretar strictamente por presumpta voluntad del testador. D. Casti. *lib.2.cap 22. num. 83. & 84.* Addent. ad D. Molin. *lib.1.cap.4.num.30.* & in specie Geronim. de Leon *decis.60. à num.22.* donde resuelven, que en duda se ha de juzgar por extinto. Y no obsta la regla de que el fideicommisso es odioso, y el Mayorazgo favorable: porque esto procede quando consta del Mayorazgo; secus quando se duda. Geronim. de Leon *vbi suprà.* D. Casti. *lib.8.cap.143.num.43.col.4.fol.238.* Addent. ad D. Mol. *lib.1.cap 11.num.17.*

39 Tum, porque en los llamamientos, y sucession, el testador vsò de palabras relativas, que las sublimitaron, ibi: *Goze de ellos el dicho Don Francisco, y despues su hijo mayor legitimo, è sus hijos, è nietos, è descendientes del dicho hijo mayor* [que se ha de hazer reparo en la repeticion, y demonstracion] Y consecutivamente: *Y a falta de el dicho hijo mayor:* Y en los llamamientos de los demas hijos varones, y de las hembras, vsò de la missma repeticion, y concluye: *Discurra por todos los hijos, y hijas del dicho Don Francisco Melgarejo, y por sus hijos, y nietos, y descendientes de ellos.* Luego no ha de discurrir por otros, pues solo los expressados dixo sucediessen por via, y titulo de vinculo, y Mayorazgo. Y aunque las substituciones fueran generales absolutas [que no son] se limitàran por dichas divisiones relativas, *ex l. pater filium. 36. § Fundum ff. de legat. 3. authent. de restit. fideicom. coll.9.* Surd. *conf.448. à num.25. vol.3.* & alios referunt Addent. ad D. Mol. *lib.1.cap.5.num.33.*

40 Tum, por no auer dicho el testador colectiva, y indefinitamente que sucediessen los primogenitos, o hijos mayores, que en este caso huvo quien induxo Mayorazgo: sino que sucedieran los llamados de mayor en mayor, lo qual no induce tal presumpcion. Addét. ad D. Mol. *lib.1.cap.5.n.22.* Y demas de los q̃ refieré Geronim. de Leon *decis.60. à num.34.* D. Casti. *lib.5.tom.6. cap. 143. num. 40.* donde

donde notan la dicha distincion, y la misma especie de llamamientos, de suerte que el referido no prueba el intento contrario, antes excluye.

41 Tum, porque la prohibicion de enagenacion solo contiene las palabras siguientes. *E que el dicho D. Francisco, ni ningun otro sucessor, ni posseedor, puedan vender los dichos mis bienes, ni los enagenar, ni atributar, ni obligar, ni disponer de ellos en manera alguna, ni se puedan partir, ni dividir, porque mi voluntad es, que siempre estèn juntos*. Desuerte que fue personal, por expressar el nombre proprio *l. Lutius Titius. ff. de legat.* 3. Capitius *decis.* 108. *à num.* 1. Menoch. *consf.* 220. *à num.* 26. *lib.* 3. donde prueba, que no se extiende a mas, que las substituciones expressas, aunq̃ tẽga la clausula que los bienes no salgan de la familia, *& cons.* 233. *à num.* 27. *& cons.* 327. *num.* 74. *& præsumpt.* 68. *à num.* 18. *lib.* 4. Hermosi. *in l.* 44. *tit.* 5. *p.* 5. *Gloss.* 6. *n.* 9. D. Casti. *en el lib.* 5. *cap.* 143. *num.* 43.

42 Y en esta conclusion convienen los Doctores, no poniendose la prohibicion por modo de disposicion, veluti; *Prohibeo bonorum alienationem, quia volo bona mea perpetuò maneant in familiam*. Como lo notan los que quedan citados en el num. precedente, y con otros Add. ad D. Mol. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 7. *& num.* 39. *vers. Sed authoris*. Hermos. *vbi proximè num.* 11. donde lo amplian Add. *d. n.* 7. *vers. Tunc verò et si fiat in rem, restringeretur ad personas, & personali par est, quanquam perpetuæ prohibitioni addicta sint illa verba vniuersalia: neque exeant de familia, vel de nomine, vel de posteritate*.

43 Y concurre el aver precedido todos los llamamientos a la dicha prohibicion, y en este caso no se duda ser personal. *Add. in d. num.* 7. *vers. Tunc vero*.

44 El no tener las palabras *para siempre jamas*, que aunque estas jũtas con la prohibicion no inducen Mayorazgo [como lo confiessan los Doctores citados] el no averlas puesto el testador, manifiesta la voluntad, de que la prohibicion, y sucession no passasse del dicho Don Francisco M lgarejo, y sus descendientes. Y assi la razon que dio de que se viste la prohibicion D. Casti. *lib.* 4. *num.* 83. *cap.* 9. fue porque no se dividan los bienes, *porque mi voluntad es, que siempre estèn juntos*.

45 De que resulta con evidencia la voluntad, pues aviendo dicho antes: *Discurra por todos los hijos, y hijas de Don Francisco, y sus descendientes*, pone subsequentemente la prohibicion de enagenacion, y division sin otra causa, o razon, de que los bienes estèn juntos, que necessariamente se requeria para que discurriessen los bienes por el dicho Don Francisco, y sus descendientes.

46 Tum, porque el aver el testador dicho: *Es mi voluntad, que de los dichos mis bienes se haga inventario, y se vendan los muebles, y compren rayzes, y se hagan titulos para que cada vno de los posseedores sepa que bienes son los de este Mayorazgo*. Se restringe a los llamamientos precedentes: y que no obre Mayorazgo absoluto lo referido, lo probò latissimamente Azeved. *cons.* 18. *per totum*.

47 Y lo que ponderan los Doctores de la palabra *Mayorazgo*, y de

otras presumpciones que lo induzgan, como de los mismos se colige, y està anotado, se ha de entender puestas dispositivamente, mas no en orden a las substituciones precedentes, que solo obran que los llamados sucedan por via de vinculo, y no puedan enagenar, para q̃ los bienes lleguen a lo vltimo. *Addent. in dict. num. 7. vers. At verò.* Et in specie Azeved. *cons.* 18. *num.* 24. ibi: *Vt etiam inter nominatos relinquatur per viam Maioratus non egreditur vlterius, sed potius eis extinctis extinguetur Maioratus: & sic vltimo nominatus poterit succedendo disponere de bonis liberè, quod à fortiori dicemus procedere, vbi non per viam Maioratus, sed simplicis fideicommissi relinquitur, quia personales, non verò reales sunt tales vocationes.*

48 Tum, porque la grande calidad de los Fundadores, y qualidad de los bienes de conservar vasallos, y mucha renta, no induce presumpcion de conservacion de la familia, fideicommisso, o Mayorazgo perpetuo, como con muchas decisiones lo probò Geronimo de Leó en la 60. *à num.* 38. D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 143. *num.* 44. Luego no siendo los bienes de que se trata de dicha qualidad, y la renta solo de quinientos ducados, no se ha de presumir que el testador quiso hazer Mayorazgo perpetuo, ni mas que ayudar con dicha renta a el dicho Don Francisco, y sus descendientes, que es lo que expressó.

49 Desuerte, que las dichas clausulas que en lo regular hazen presumpcion de Mayorazgo perpetuo, ajustadas al contexto de dicha disposicion, y mente del testador, inducen lo contrario; conque no procede en este caso la opinion de Mieres *p.* 4. *q.* 29. *num.* 19. ibi: *In dubio an Maioratus sit extinctus, nec ne, propter honorem, & dignitatem, non esse extinctum pronunciandum.* D. Casti. *lib.* 5. *cap.* 143 *§.* 1. *num.* 2. quos referunt Addent. ad D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *nu.* 23. Porque la question procede supuesto el aver Mayorazgo, y dudarse si permanece: y aqui se controvierte la substancia, scilicèt, si huvo disposicion de Mayorazgo, o solo para que los instituidos, y substitutos sucediessen por el orden de ellos, que en duda se ha de determinar, no permanecer, como se dixo, y en favor del reo, y posseedor, y estado presente, como lo probò D. Geronimo de Leon *dict. decis.* 60. *à num.* 32.

50 Demas de que no parece se está en caso de duda, antes q̃ la Marquesa pudo disponer de los bienes, como queda fundado, y lo probò Azeved. *dict. cons.* 18. *num.* 26. Y quando la facultad huviera de ser (como algunos que refiere quisieron] para elegir extraño con la misma qualidad de sucession por via de Mayorazgo, no faltò a ella en la fundacion que hizo a favor del dicho Don Luis.

51 Ni por el consiguiente en el de las dichas opiniones, que se fundan en el honor, y dignidad del Mayorazgo, y ser favorable a la Republica: lo qual procede en los de grandes rentas, mas no en los menores, que antes son perjudiciales. Navarret. *in conservation. Monarch. discurs.* 12. Doct. Larrea *decis.* 10. *num.* 13. *in fin.* Y assi se hã de restringir los de esta especie por las Reglas comunes.

52 Y no pueden valerse los contrarios de la doctrina de Alexand. *cons.* 30. *vol.* 1. *que citan los Addent.* ad D. Mol. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 1.

ver s

verſ. His ſubiunge. donde tuvo, que ſi el vltimo poſſeedor del Mayorazgo diſpuſo de los bienes, por dezir aver fenecido la agnacion que eſtava llamada, ſi el inſtituido pidieſſe la poſſeſsion, ſe podia impedir por los agnatos, que moſtraſſen ſerlo; la razon es. *Nam in his quæ fundantur ſuper veritate, cedit opinio veritati. Cap. Veritate.* 8. *dict. l. 2. §. 1. ff. pro empto*, ibi: *Qui potius ſubſtantiam intuetur, quam opinionem.* Antes les excluye, porque en aquel caſo les aſsiſtia la ſubſtancia, que era llamamiento expreſſo, y verificaron la calidad de agnatos; que es lo que ſe requiere en qualquiera ſuceſsion, tener el llamamiento, y qualidad, y no baſta lo vno ſin lo otro. Menoch. *conſ.* 106. *à num.* 1. D. Caſtill. *lib.* 5. *cap.* 90. *num.* 11. Y no pretenden por deſcendientes de Don Franciſco Melgarejo, y aſsi no pueden impedir la diſpoſicion de la Marqueſa, ni la poſſeſsion del dicho D. Luis. En cuyo favor ſe eſpera la determinacion. Salvo, &c.

Doct. D. Pedro Muñoz de los Diez.